



Processo nº 8500072-23.2024.8.06.0254

Interessado: Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – Esmec.

Assunto: Contratação direta da artista Maria Aparecida Silvino da Silva, para realização do evento Esmec Artes.

PARECER

I – DO RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo por meio do qual a Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – Esmec encaminha, para análise da Consultoria Jurídica, o procedimento de contratação direta, através da sistemática de inexigibilidade de licitação, na forma do art. 74, II, da Lei nº 14.133/2021, visando a contratação de Maria Aparecida Silvino da Silva, cantora, compositora e regente de música, para apresentação no evento Esmec Artes, que ocorrerá em 26 de abril de 2024, no qual haverá uma homenagem ao compositor e arquiteto cearense Fausto Nilo.

Como justificativa para a contratação direta pretendida, a área demandante, além de outras a serem mencionadas a seguir, traz a seguinte motivação no Documento de Formalização de Demanda- DFD (págs. 152-155):

5. MOTIVAÇÃO E RESULTADOS ESPERADOS

[...]

5.1. Anualmente consta no calendário de atividades da ESMEC o evento cultural denominado “ESMEC ARTES”, onde neste período são promovidas atividades culturais, musicais, literárias, assim como também apresentações artísticas, exposições de arte e palestras visando a promoção do aprimoramento cultural, profissional e humanístico, além da promoção de momentos de socialização e trocas de experiências entre magistrados e servidores do Poder Judiciário Cearense.

5.2. A natureza deste trabalho é eminentemente artística e técnica, que exige conhecimento profissional especializado, além de criação e reconhecimento da obra do artista homenageado, para que seja atendido o pleito do evento de artes da ESMEC.

[...]

Os autos chegam instruídos, ao que interessa a esta manifestação, com os seguintes documentos:

- a) Documento de Formalização de Demanda (págs 02-05);
- b) Estudo Técnico Preliminar – ETP (págs. 06-15);

- c) Termo de Referência – TR (págs. 16-39);
- d) Proposta de preço para realização do evento (pág. 40);
- e) Certidão Negativa de Falências (pág. 41);
- f) Currículo e portfólio (págs. 42-101);
- g) Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (pág.103);
- h) Certidões de regularidade fiscal (Federal, Estadual, Municipal), bem como de regularidade junto ao FGTS e às obrigações trabalhistas (págs. 104-108 e 196);
- i) Consulta Consolidada do Tribunal de Contas da União (pág. 109);
- j) Declaração de que não emprega menor de idade (pág.110);
- k) Declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoas com deficiência e para reabilitados da Previdência Social e de que não possui empregados executando trabalho forçado ou degradante em sua cadeia produtiva (págs. 111);
- l) Notas fiscais de serviços semelhantes prestados pelo palestrante, demonstrando a compatibilidade do preço ofertado (págs. 133-135);
- m) Composição de Preços – Esmec Artes 2024 (pág. 136);
- n) Mapa de Riscos (págs. 137-141);
- o) Certidão Negativa de Licitantes Inidôneos, Certidão negativa Correccional da CGU, Certidão Negativa de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade (pág.142-144);
- p) Classificação e dotação orçamentária (pág. 150);
- q) Documento de Formalização de Demanda retificado (págs. 152-155);
- r) Estudo Técnico Preliminar – ETP retificado (págs. 156-167);
- s) Termo de Referência – TR retificado (págs. 168-191);
- t) Requerimento de Termo de Inexigibilidade de Licitação (págs. 192-193).

É, no essencial, o relatório. Cumpre-nos opinar a respeito.

II - DELIMITAÇÃO DO PARECER JURÍDICO

De início, vale ter presente que o âmbito deste parecer se restringe tão somente ao exame de legalidade da contratação pretendida por meio da sistemática de inexigibilidade de licitação, não se adentrando, pois, em aspectos técnicos, financeiros, de conveniência ou de oportunidade, que são próprios do Administrador Público no exercício de seu mister.

Firmada essa breve premissa, passamos ao exame da contratação destacada de modo a verificar sua consonância com os princípios e regras que lhe são pertinentes.

III - DA ANÁLISE JURÍDICA

Como se sabe, por força do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes dos entes federados deverão, em regra, contratar com terceiros mediante prévio procedimento licitatório.

Nos seguintes termos dispõe o texto constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (destaque nosso)

[...]

Com efeito, como visto no dispositivo acima, apesar de a regra geral determinar a necessidade de licitação a preceder as contratações públicas, o próprio constituinte facultou ao legislador ordinário a possibilidade de estabelecer situações excepcionais em que, a partir de especificações legais próprias, a realização do procedimento licitatório regular pudesse ser afastado.

O mandamento constitucional supra foi inicialmente regulamentado pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a qual, além de trazer o regime normativo geral sobre as licitações e contratações, dispôs sobre as hipóteses em que a realização da prévia licitação seria dispensada ou inexigível.

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021, com objetivo de substituir o regime normativo anterior sobre licitações e que, após o período de transição entre os regulamentos, é o único atualmente vigente e o preceito pelo qual analisaremos a contratação pretendida.

Dito isto, passemos à análise pormenorizada da demanda:

a) Da possibilidade de contratação direta

O art. 74 da Lei nº 14.133/2021 traz as hipóteses nas quais o legislador declarou ser inexigível a realização de procedimento licitatório, de forma que se faz necessário realizar o exame da conformidade da demanda apresentada com os mandamentos legais aplicáveis.

Neste ponto, importante trazer a previsão do artigo acima mencionado, vejamos:

Lei nº 14.133/2021.

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

[...]

Considerando o mandamento legal acima, vemos que para que seja possível o reconhecimento da inexigibilidade de licitação deverá restar caracterizada a inviabilidade de competição entre fornecedores, tendo o legislador apresentado um rol exemplificativo de situações nas quais a citada condição se revela presente.

Dentre as hipóteses mencionadas por lei, vemos que, nos termos do art. 74, II, será inexigível a licitação para contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Pois bem, de acordo com a exposição trazida pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), a artista (cantora e compositora) Maria Aparecida Silvino da Silva atende às especificidades do evento artístico, programado para acontecer em 26 de abril de 2024, o qual homenageará o cantor, poeta e compositor Fausto Nilo, como se vê no Estudo Técnico Preliminar (págs. 156-167):

A apresentação musical será feita por Maria Aparecida Silvino da Silva que é cantora, compositora e regente de música popular brasileira. Artista cearense com mais de 30 anos de carreira, possui quatro discos lançados e variadas participações em trabalhos de outros artistas como Fagner, Belchior e Milton Nascimento. Vencedora de diversos prêmios dentre eles: I Festival de MPB da Assembleia Legislativa do estado do Ceará, melhor intérprete no Festival da Meruoca – Ceará (2009). Sua discografia é composta por: Vidro e Aço (1991), Presente (2001), Mãe (2010) e Sinal de cais (2014). Aparecida Silvino foi a única cantora na homenagem “Nosso Nilo é mais Fausto” (2018).

Assim, restando demonstrada a essencialidade e a adequabilidade do trabalho técnico de qualidade das contratadas com o objeto, torna-se inviável a competição e, conseqüentemente, inexigível a licitação nos termos da lei mencionada, sendo necessária a via de contratação direta.

Isto posto, esta consultoria se posiciona pela existência de cabimento jurídico à contratação da referida artista, por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 74, II, da Lei nº 14.133/21.

Nesse sentido, ratifica-se que a inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição, em face da ausência de alguns dos pressupostos que autorizariam a instauração da licitação. Tal inviabilidade deriva da falta de pluralidade de sujeitos em condições de contratar ou da impossibilidade de se estabelecer critérios objetivos de julgamento, hipóteses em que, ainda que a Administração quisesse realizar uma competição, não teria como fazê-la. Portanto, não havendo disputa, não há de se falar em licitação.

Portanto, é de bom alvitre tecermos comentários a respeito das particularidades envolvendo a contratação de profissionais do setor artístico pela Administração Pública, tendo em vista o caráter personalíssimo da atividade, dada a impossibilidade de concorrência na escolha do contratado.

Não obstante as referidas contratações serem firmadas sem a exigência de licitação, sujeitam-se à comprovação de que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Marçal Justen Filho (2021)¹ observa que essa condicionante visa a manutenção da lisura no procedimento de escolha, a bem do princípio da impessoalidade, postulado basilar do Direito Administrativo. Eis os dizeres do Autor, na íntegra:

Ademais disso, deverá haver um requisito outro, consistente na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte.

É importante que se diga, entretanto, que o vocábulo “consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública” não deve ser interpretado unicamente por método exegético, frio, vez que, se assim fosse, patente seria a disparidade entre o emprego da norma em tablado com a realidade vivida pela Administração Pública, José dos Santos Carvalho Filho², inclusive, ressalta que “*A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração*”.

Frisa-se que a prova do reconhecimento pela crítica especializada ou pela opinião pública do artista não possui formalidade e deve ser analisada com preceitos razoáveis, observando também os aspectos temporais e regionais em que determinadas contratações sejam avençadas, sob pena de desvalorizar, como exemplo, a contratação de artistas regionalistas ou em início de carreira, o que, de fato, não foi a intenção do legislador.

Na verdade, o que a Lei pretendeu coibir foi a contratação, por parte da Administração Pública, de artistas apadrinhados ou até mesmo de artistas amadores, que exercem sua arte de modo eventual, desvirtuando a natureza pública do contrato administrativo e, por via de consequência, violando o princípio da impessoalidade administrativa.

A par disso, é forçoso reconhecer que as exigências presentes na Lei em destaque não são garantias voltadas somente aos administrados, no sentido de assegurarem a realização de contratações a bem do interesse público, mas também ao próprio Administrador, pois o cumprimento de tais mandamentos respaldam a sua atuação, reforçando o seu comprometimento com a finalidade pública.

Assegurados tais aspectos, *in casu*, consta nos autos que a referida contratação será realizada, diretamente, com a artista, que é microempresária, restando atendidos todos os requisitos exigidos pelo inciso II, do art.74, da Lei nº 14.133/2021.

1 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 283

Registre-se o reconhecimento público conferido à contratada por suas produções musicais e atividades culturais, com estrita semelhança a que é tratada neste processo, como é possível verificar em seu currículo e portfólios (págs. 42-101).

Finalizando a análise sobre o cabimento da contratação direta pretendida, temos que a realização de eventos culturais e artísticos não se reveste de qualquer ineditismo, tratando-se, *in fact*, de prática reiterada por toda a Administração Pública, pelo que se conclui pela possibilidade jurídica da contratação pretendida por inexigibilidade de licitação, na forma do art. 74, II da nova Lei de Licitações.

b) Da adequada instrução processual

Sobre a instrução processual necessária em processos envolvendo contratação direta pela Administração Pública, dispõe o art. 72 da Lei nº14.133/2021:

CAPÍTULO VIII

DA CONTRATAÇÃO DIRETA

Seção I

Do Processo de Contratação Direta

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

No caso dos autos, verificamos constar, considerando as versões finais apresentadas pela área técnica, o Documento de Formalização da Demanda – DFD, às págs. 152-155, contendo a descrição sumária do objeto almejado pela Administração Pública, o Estudo Técnico Preliminar, às págs. 156-167, indicando o interesse público envolvido, o Termo de Referência, às págs. 168-191, definindo o objeto, bem como o mapa de riscos, às págs. 137-141, não sendo exigível, face às particularidades da contratação, eventual projeto básico e/ou projeto executivo.

Presente, igualmente, a composição de preços (pág. 136), bem como a demonstração da compatibilidade da previsão de recursos com o compromisso a ser assumido (pág. 150).

No que se refere à estimativa da despesa, temos que o art. 72, II da Lei nº 14.133/2021 remete o cálculo a ser feito às regras previstas no art. 23 do mesmo diploma legal, o qual, por sua vez, aduz:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

[...]

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

[...]

Vemos nos autos que a artista a ser contratada, em harmonia com a previsão do parágrafo quarto supra, juntou às págs. 133-135 notas fiscais referentes à prestação de serviços similares para outros tomadores.

Registra-se que a razão de escolha da contratada e a justificativa de preço restam igualmente presentes, conforme Estudo Técnico Preliminar (págs. 156-167) e Composição de Preços (págs. 136), pelo que se entende que a instrução processual correspondente atendeu, até aqui, as exigências do art. 72 da Lei nº 14.133/2021, restando pendente, por óbvio, apenas a juntada deste Parecer Jurídico.

Sobre a demonstração de preenchimento dos requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária, constam no processo documentos referentes à habilitação jurídica da empresa a ser contratada, bem como a comprovação de sua regularidade fiscal no âmbito Federal, Estadual e Municipal, além da regularidade trabalhista e perante o FGTS (págs. 103-109).

Ademais, constam nos autos declaração de que não emprega menor de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e de que não emprega menor de dezesseis anos (pág. 110), bem como declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoas com deficiência e para reabilitados da Previdência Social e de que não possui empregados executando trabalho forçado ou degradante em sua cadeia produtiva (pág. 111).

c) Da não utilização de instrumento contratual:

Por outro lado, vemos que a área demandante, considerando a natureza e a forma de execução dos serviços, optou por dispensar o instrumento contratual formal, pretendendo substituí-lo pela competente Nota de Empenho em favor da contratada.

Neste ponto, verifica-se pelas informações apresentadas pela artista quando da oferta de sua proposta, à pág. 40, em harmonia com o informado pela Esmec (págs. 168-191), que o evento em questão ocorrerá em apenas 01 (um) dia, a saber, no dia 26 de abril de 2024, nas instalações da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, em Fortaleza-CE, de forma que, efetivamente, se revela dispendioso a celebração e eventual publicação de um instrumento formal de contrato para tal demanda.

A dispensa do instrumento contratual, nesta hipótese, encontra amparo no art. 95 da Lei nº 14.133/2021, senão vejamos:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

O caso tratado nos autos se amolda com perfeição à possibilidade no inciso II acima transcrito, pelo que, também, sob este prisma se revela plenamente possível a contratação pretendida.

IV – CONCLUSÃO:

Ante todo o exposto, ressaltando-se, mais uma vez, que os aspectos de conveniência, oportunidade e critérios técnicos não estão sob o crivo desta Consultoria Jurídica, estamos de acordo com a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, **com fundamento no art. 74, inciso II, da Lei n. 14.133/2021**, da artista MARIA APARECIDA SILVINO DA SILVA, para apresentação musical no evento Esmec Artes, em 26 de abril de 2024, no valor de R\$3.800,00 (três mil e oitocentos reais), cabendo destacar, ainda, a necessidade de aprovação pela Presidência do TJ/CE.

Destaca-se, ainda, a necessidade do cumprimento do disposto no art. 72, parágrafo único do diploma legal mencionado acima, que determina a divulgação em sítio eletrônico oficial, com disponibilidade ao público, do ato que autoriza a contratação direta.

É o parecer. À superior consideração.

Fortaleza, 24 de abril de 2024.

PRISCILLA RAPHAELLA OLIVEIRA LOPES DE ARAUJO:01401166300
Assinado de forma digital por PRISCILLA RAPHAELLA OLIVEIRA LOPES DE ARAUJO:01401166300
Dados: 2024.04.24 16:04:43 -03'00'

Priscilla Raphaella Oliveira Lopes de Araújo
Mat. 47293

De acordo. À douta Presidência.

CRISTIANO BATISTA DA SILVA:61948039320
Assinado de forma digital por CRISTIANO BATISTA DA SILVA:61948039320
Dados: 2024.04.24 16:08:07 -03'00'

Cristiano Batista da Silva
Consultor Jurídico